

O processo penal na teoria dos princípios

Autor: Paulo Mário Canabarro Trois Neto

Juiz Federal Substituto

Publicado na Edição 20 - 29.10.2007

Sumário: Introdução. I A fundamentação do processo penal. II A estruturação constitucional do processo penal. 1 O duplo caráter do processo e seus alicerces. 2 A indisponibilidade do objeto do processo. 3 A necessidade de observância do devido processo legal. 4 O equilíbrio (dinâmico) entre os princípios processuais. III Processo penal e aplicação. 1 Os diferentes modos de aplicação das normas jusfundamentais. 1.1 A distinção entre regras e princípios. 1.2 Os modelos normativos. 2 O processo penal no modelo dos princípios. 2.1. A aplicação das garantias processuais na realidade brasileira. 2.2 Ponderação de princípios processuais penais. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente trabalho é uma tentativa de propor a alocação das garantias processuais penais em um modelo normativo que, considerando a realidade brasileira, possibilite sua correta compreensão e a aplicação.

A abordagem utilizada para tanto será a jurídico-dogmática, com suporte na doutrina nacional e estrangeira, embora considerações sobre a orientação jurisprudencial vigente devam também ser realizadas ao longo do texto.

No capítulo primeiro, será analisada a relação da atividade punitiva do Estado com o dever de proteção da dignidade humana, bem como demonstradas as consequências de tal vinculação na conformação da processualização da intervenção penal.

No capítulo segundo, serão identificados os dois princípios mais gerais que informam a estruturação do processo penal e os seus respectivos desdobramentos na dinâmica processual.

No capítulo terceiro, far-se-á a alocação dos institutos processuais na teoria dos direitos fundamentais e será verificada a viabilidade de um modelo normativo capaz de compatibilizar prestação de uma justiça penal eficaz com as garantias processuais individuais.

I – A fundamentação do processo penal

Na conhecida lição de Jorge de Figueiredo Dias, o processo penal tem à base o problema nodal das relações entre Estado e indivíduo, e sua história não é senão o produto flagrante dessas duas forças vetoriais.(1) A articulação entre a auto-suficiência do indivíduo e as necessidades, direitos e obrigações que advêm da vida em sociedade constitui o desafio fundamental da convivência humana(2) A tarefa essencial de qualquer sociedade organizada consiste em conciliar, tanto quanto possível, a liberdade individual com o bem comum.(3)

O reconhecimento da tensão dialética inarredável entre tutela dos interesses do réu e tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado exige que os institutos processuais possibilitem sua adequada composição.(4) Em uma visão equilibrada, a finalidade do processo penal, ou de modo mais abrangente, da função penal estatal, só pode ser a de ordenar reciprocamente relações da vida protegidas pelos direitos de liberdade com outras relações também essenciais à vida comunitária, e de conjugá-las com a conservação de uma ordem na qual umas e outras ganhem realidade e consistência.(5)

A tarefa estatal, em poucas linhas, consiste na realização das condições de vida social que tornam possível o desenvolvimento integral da personalidade humana. O Estado não pode ser um “poder oficial-autoritário”, nem um “poder ordenador da proteção do arbítrio individual”, senão que um propulsor de formas de vida comunitária que assegurem a livre realização da personalidade ética de cada um.(6) É característica dessa concepção a consideração dos membros da sociedade não como meros “súditos” ou “indivíduos autolegislares”,(7) mas como pessoas dotadas de uma dignidade decorrente de sua simples condição humana.

Desse paradigma da pessoa humana como valor fundamental, advém a exigência de que o exercício da função penal “não aniquile a liberdade individual, como no Estado-de-Polícia, ou a personalidade ética, como no Estado-de-massa, nem renuncie às condições indispensáveis para realizar uma função da comunidade, como no Estado liberal-individualista”.(8)

Em uma primeira acepção, a dignidade humana impõe a fixação de limites à intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, os quais estarão presentes em todos os momentos da função penal: no primeiro, relativo à atividade incriminadora do Estado (cominação), mediante a observância dos princípios da legalidade, irretroatividade, lesividade, culpabilidade, humanidade, subsidiariedade, fragmentariedade, intervenção mínima, dentre outros; no segundo, relativo ao modo de apuração dos fatos (persecução), mediante a observância do princípio do devido processo legal e de seus consectários, como os dos da ampla defesa, do contraditório, do

estado de inocência, da inviolabilidade da privacidade, dentre outros; e no terceiro, referente à realização da pena (execução), mediante os princípios da humanidade, da individualização da sanção etc.

Mas a irradiação dos valores inerentes à dignidade humana não se finda na limitação do Estado. Os membros da sociedade também lhe devem acatamento, de modo que não há como olvidar uma necessária dimensão comunitária (ou social) da dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas.(9) Numa perspectiva intersubjetiva, a dignidade humana implica uma obrigação geral de respeito pelo ser humano, traduzida num feixe de deveres e direitos correlatos relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao “florescimento humano”.(10)

Nessa trilha, um Estado erguido sob a idéia de pessoa humana como seu norte e lastro ético(11) assume o dever de promover as condições de livre realização da personalidade ética dos membros da comunidade. “Homem nenhum é uma ilha”, disse o poeta John Donne. É somente com o relacionamento com os outros membros da comunidade que surgem as condições para o livre desenvolvimento da personalidade de cada ser humano. E é por isso – por não existirem os brutos ou deuses da especulação de Aristóteles, mas apenas pessoas, todas dotadas de igual dignidade – que a vedação abstrata e o controle concreto de condutas que atinjam a esfera de intangibilidade ética(12) de outros indivíduos ou a estrutura indispensável à viabilização de uma convivência humana justa(13) também são, em princípio, obrigações das quais o Poder Público não se pode demitir.

Portanto, em um Estado Democrático de Direito cujo fundamento de existência é a pessoa humana, a processualização da intervenção penal tem dupla finalidade. O processo penal existe para dar os instrumentos para a proteção da sociedade e, ao mesmo tempo, assegurar a legitimidade e a moderação desse instrumental. Em outras palavras, é ao mesmo tempo dever positivo e limite negativo do Estado.

Merecem rechaço, nessa trilha, concepções processuais baseadas em pré-compreensões unilateralistas. Erram, por insuficiência, tanto as asserções que identificam o processo como simples meio para a aplicação de uma pena, como as que o consideram somente como obstáculo para intervenção estatal.

Na ausência de procedimentos capazes de regular juridicamente a sua implementação, o controle penal estaria desprovido de eficácia para atuar como um instrumento (jamais suficiente) de que o Estado dispõe para assegurar as condições elementares a uma coexistência social pacífica.(14) Mas além de servidor do direito penal, o direito

processual também tem a função de ser o senhor da sua aplicação, determinando que os institutos processuais tenham forma jurídica e que o acusado não esteja desprotegido frente aos poderes coercitivos do Estado.(15)

II - A estruturação constitucional do processo penal

1 O duplo caráter do processo e seus alicerces

O caráter instrumental do processo consiste no aporte de meios, em favor das instâncias persecutórias, que permitam a identificação, realização ou afirmação da concreta relação jurídica de direito penal que emerge do fato trazido a juízo.(16) O conteúdo dessa relação jurídica de direito penal pode evidenciar tanto o dever estatal de punir quanto o direito individual de permanecer livre. A lei penal substantiva não prevê apenas o direito e o dever de punir, pois no vácuo situado entre os tipos penais estabelecidos nas normas incriminadoras se garante um direito à liberdade.(17)17 O processo serve, de alguma forma, também para reafirmar a liberdade de quem foi apontado como criminoso.

Evidentemente, o direito à liberdade não precisa necessariamente ser demonstrado pela via do processo. Já o dever de punir apenas pelo processo pode ser determinado. Essa desigualdade artificial de que se parte tem fundamento na exigência, decorrente da dignidade humana, de que o direito à liberdade tem precedência *prima facie* no ordenamento jurídico.

Por sua vez, o caráter garantístico do processo reside na exigência de que os meios persecutórios sejam compatíveis com a consideração do indivíduo não como mero objeto da persecução penal, mas também como sujeito de direitos oponíveis contra o Estado na defesa de sua liberdade.

Essa dupla significação do processo manifesta-se em uma estruturação processual baseada em dois alicerces básicos, quais sejam, a indisponibilidade da relação jurídica de direito penal e a garantia do devido processo legal.(18)

É tarefa do direito processual penal definir modelos de compreensão(19) que possibilitem a apuração da existência e a determinação das consequências do fato tido como criminoso. A indisponibilidade da relação jurídica de direito penal estriba os amplos poderes de que o Estado dispõe para a observância de seu dever de prestar a tutela penal. Mas a eficiência na realização da justiça penal há de ter limites. Em um Estado de Direito, a persecução penal deve estar submetida ao controle do Direito. Por isso, é também tarefa do direito processual penal assegurar que os métodos estatais de

prevenção e controle do crime sejam compatíveis com a proteção dos direitos de personalidade do acusado,(20) o que pode ser sintetizado na cláusula do devido processo legal.

2 A indisponibilidade da relação jurídica de direito penal

A indisponibilidade da relação jurídica de direito penal é a significação do processo como um instrumento para a proteção dos valores comunitários devida pelo Estado.(21) Diz respeito à necessidade e inevitabilidade de os agentes estatais procederem à persecução em face daqueles que atentam contra os bens jurídicos mais caros à convivência social harmônica.(22)

Se o crime é uma ofensa a um bem comunitário para o qual se previu uma proteção especial, e se ao Estado, em nome de altos valores, foi atribuído o monopólio da administração da justiça penal e do uso legítimo da força, resulta evidente que o chamado “direito de punir” se transmuta em verdadeiro dever persecutório para os agentes estatais presentes das instâncias formais de controle.

Ao reconhecimento de um direito da sociedade corresponde uma obrigação do servidor público de tutelá-lo. A atividade persecutória pressupõe uma relação de administração, na qual não há um mero poder em relação a um objeto, mas uma obrigação em face da qual os agentes não podem se desviar. A indisponibilidade do exercício efetivo da tutela penal não é, portanto, uma opção arbitrária, pois está inserida em um contexto democrático no qual aos agentes estatais não é dado dispor do interesse coletivo.(23)

Não parece haver dificuldade em relacionar o princípio da legalidade administrativa com a indisponibilidade do objeto da persecução. Mas esta tem seu fundamento constitucional mais propriamente na norma de direito fundamental extraída do art. 5º, LIX, da Constituição que estabelece ser “admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

Na lição de Hesse, os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos, senão também princípios objetivos da ordem constitucional. O caráter objetivo das normas jusfundamentais irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, vinculando o Estado no exercício de sua competência legislativa, judicial e executiva.(24)

O efeito objetivo irradiado pela norma jusfundamental que confere essa legitimação supletiva ao exercício da ação penal pública é precisamente a indisponibilidade da relação jurídica de direito penal em relação às condutas que lesam mais gravemente a sociedade que a vítima imediata.(25)

A norma a que se refere o citado dispositivo constitucional, no dizer de Eugênio Pacelli de Oliveira, possibilita a justificação racional da existência “de uma ação e de um processo que são postos como garantia fundamental dos membros do corpo social, não só como instrumento contra o Estado, como se extrai do conteúdo do devido processo legal, mas agora, ao lado dele, como e enquanto agente da persecução penal”.(26)

Da indisponibilidade do objeto do processo derivam outros princípios, como a oficialidade, a obrigatoriedade, a investigatoriedade, a efetividade, a instrumentalidade, dentre outros.(27)

Pelo princípio da oficialidade, a persecução cabe prioritariamente aos agentes estatais (CR, art. 144 e art. 129, I; CPP, art. 4º e art. 24). Seu complemento necessário é o princípio da obrigatoriedade, consoante o qual os órgãos da persecução não podem decidir sobre a conveniência e a oportunidade de agir ou não agir.

Várias regras processuais têm fundamento no princípio da obrigatoriedade. Dentre elas podemos citar as que estabelecem: o dever das autoridades policiais de instaurar inquérito policial quando houver notícia-crime idônea a respeito de crime de ação pública (CPP, art. 5º); a proibição de arquivamento do inquérito pela própria polícia (CPP, art. 17); a impossibilidade de o órgão ministerial pedir o arquivamento se presentes as condições da ação penal (CPP, art. 28); a possibilidade de o juiz condenar o réu ainda que o Ministério Público requeira, em alegações, a sua absolvição (CPP, art. 385); e a proibição do órgão acusador de desistir da ação penal (CPP, art. 42) ou de recurso que haja interposto (CPP, art. 576).

O princípio da investigatoriedade diz respeito à possibilidade e à necessidade de buscar a verdade sobre o fato objeto da persecução. Com fundamento na investigatoriedade, o juiz pode, uma vez instaurada a ação penal, determinar o esclarecimento de questão relevante para o julgamento (CPP, art. 156), formular quesitos (CPP, art. 176), ouvir testemunhas não arroladas (CPP, art. 209) e requisitar documentos (CPP, art. 234).

Pelo princípio da efetividade, a persecução deve utilizar todo o aparato disponível para, em tempo hábil, atingir seu fim. As hipóteses legais de prisão preventiva ou temporária têm ancoragem na efetividade da justiça penal. Tal princípio também inspira a previsão do dever judicial de indeferir diligências inúteis (CPP, art. 184) e de velar pelo regular desenvolvimento do processo (CPP, art. 251).

A necessidade de se estabelecer uma duração razoável ao processo não se confunde com a simples celeridade, tão propalada pela doutrina. Essa exigência tem estreita relação com o princípio da

efetividade, pois exige que o processo se desenvolva em tempo suficiente e adequado para o atingimento de seu escopo. Sob o aspecto da efetividade, ela quer dizer que a ação penal não pode se alongar demais, a ponto de a reação estatal perder sentido, nem se desenvolver de forma muito rápida, a ponto de impossibilitar a busca eficiente da verdade. Conforme metáfora de Roxin, "um procedimento penal não é uma flecha em condições de atingir diretamente o seu alvo; (...) está estruturado de maneira dialética, necessitando de tempo para avaliar as diversas possibilidades e pontos de vista".(28)

À luz da indisponibilidade da relação jurídica de direito penal, o princípio da efetividade também se conecta ao da instrumentalidade. Pela instrumentalidade, as formas processuais são um meio para a consecução dos fins do processo, e não um fim em si mesmas. Certas opções legislativas, como a permissão da fungibilidade recursal, a não-decretação de nulidade sem prejuízo e a não-vinculação do juiz à capitulação jurídica da denúncia (CPP, art. 383), têm fundamento no aspecto instrumental do processo para a determinação da relação jurídica que é o seu objeto.

3 A necessidade de observância do devido processo legal

Por devido processo legal pode-se entender o conjunto de direitos processuais atribuídos à pessoa e oponíveis contra o Estado. Em outras palavras, é a significação do processo como uma garantia individual limitadora da atuação dos poderes públicos.(29) Diz respeito à indispensabilidade de os institutos processuais resguardarem a posição do réu como sujeito de direitos oponíveis contra o Estado, e não como mero objeto do processo.

A liberdade de alguém somente pode ser restringida em benefício da sociedade, ou mais exatamente, das estruturas sociais que tornam possíveis as condições para o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Qualquer restrição da liberdade de alguém só pode ocorrer se for amplamente demonstrada, em um procedimento que garanta a dignidade do investigado, a existência do dever punitivo do Estado.

O princípio do devido processo legal consta no art. 5º, LIV, da Constituição brasileira. Muitos dos princípios que lhe são inerentes também foram arrolados como direitos fundamentais, como o do estado de inocência (art. 5º, LVII), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), da licitude das provas (art. 5º, LVI), do acesso à justiça (art. 5º, XXXV e LXXIV), da inviolabilidade da privacidade e da intimidade (art. 5º, X) e do domicílio (art. 5º, XI), da publicidade do processo (art. 5º, LX) e do silêncio (art. 5º, LXIII). Outros estão presentes em normas

constitucionais fixadoras de competência ou do estatuto básico de órgãos públicos, como o da acusatoriedade (art. 129, I e art. 133) e o da motivação das decisões (art. 93, IX). Por fim, alguns consectários do devido processo legal decorrem da própria força normativa do princípio, como os do duplo grau de jurisdição, da persuasão racional, do favor libertatis etc.

O que importa salientar é que mesmo os direitos processuais inseridos no rol dos direitos fundamentais devem ser interpretados em consonância com o dever estatal de promoção da dignidade humana que, no âmbito do processo, se evidencia na necessidade de observância de um devido processo legal.

O princípio do juiz natural, lido conforme a norma jusfundamental do devido processo, concede ao réu o direito de ser julgado por um juiz regularmente investido no cargo e competente para o processo em conformidade com uma lei anterior ao fato, além de não interessado no resultado da ação e não submetido a pressão de qualquer espécie. A proibição de comissão ou avocação de julgamentos e a previsão de meios para alegar suspeição ou impedimento do órgão julgador ou acusador (CPP, art. 95) existem para a preservação da imparcialidade das funções persecutórias. Também as prerrogativas da magistratura, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (CR, art. 95), só se justificam para a garantir a independência do juiz.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório não implicam apenas conceder ao réu o direito de conhecer os atos processuais e de poder contraditá-los. Sob a égide do devido processo legal, ele há de abranger o direito à prova, o direito de efetivamente influir nas decisões, o direito de ser ouvido e o de ser assistido por defensor tecnicamente habilitado. Algumas disposições infraconstitucionais também se fundamentam, de alguma forma, no princípio, tais como a suspensão do processo nos casos em que há citação ficta e não-constituição de defensor (CPP, art. 366) e nos de insanidade mental superveniente (CPP, art. 152). Pela mesma razão é acertada a interpretação jurisprudencial de que o juiz somente pode valorar a delação feita por co-réu em interrogatório, contra o delatado, se à defesa deste foi assegurado o direito a reperguntas.

Pelo princípio do estado (e não mera “presunção”) de inocência, o réu tem o direito de, até a sentença condenatória definitiva, ser tratado como inocente. Isso abrange não apenas o direito à liberdade provisória (LXVI) e ao relaxamento da prisão ilegal (LXV), mas também o direito à não-certificação da condição de culpado ao público geral, à desconsideração judicial de processo em andamento como “maus antecedentes” e à não-obstaculização do exercício de

direitos em razão da simples existência de ação penal ou investigação em curso.

O princípio da acusatoriedade, cuja importância para o processo penal é objeto de vasta literatura, não está formalmente enunciado como direito fundamental. Sua afirmação como direito subjetivo do réu decorre do efeito irradiador da norma constitucional que define ao Ministério Público a função de “promover, privativamente a ação penal pública” (art. 129, I) interpretada à luz da cláusula do processo justo. Pelo princípio da acusatoriedade, as funções de acusar, defender e julgar recaem em órgãos distintos, de modo que o juiz não pode dar início à ação penal e está vinculado ao pedido. Eis o fundamento para o reconhecimento da não-recepção constitucional do art. 26 do CPP, que previa casos de instauração ex officio do processo penal. Também na acusatoriedade está o fundamento para a consolidada jurisprudência consoante a qual não se pode acolher, contra o réu, nulidade não argüida em recurso da acusação.

O princípio do favor libertatis não tem referência constitucional explícita, mas a significação do processo como uma garantia da liberdade da pessoa contra os excessos persecutórios do Estado exige que o juiz, na decisão final, absolva o réu em caso de dúvida (in dubio pro reo). Também tem fundamento na norma jufundamental do devido processo legal a possibilidade de existirem recursos exclusivos para a defesa (protesto por novo júri, embargos infringentes e de nulidade e revisão criminal), embora tal previsão esteja dentro do espaço de conformação do legislador.

4 O equilíbrio (dinâmico) entre os princípios processuais

Em apertada síntese, pode-se dizer que o princípio da indisponibilidade do objeto do processo revela a necessidade de um provimento jurisdicional que afirme ou identifique a relação de direito material existente; já o princípio do devido processo legal traduz a necessidade de um caminho legítimo até esse provimento jurisdicional.

Inerente à função pacificadora do direito processual penal é a forma como tal função é desempenhada.⁽³⁰⁾ Na lição de Dias Neto, “a obtenção da paz jurídica – meta fundamental de um direito penal orientado à garantia da liberdade e segurança dos cidadãos – pressupõe que o exercício do poder punitivo constitua um meio de estabilização normativa, contribuindo para reforçar a estabilidade de uma cultura jurídica fundada nos valores de um Estado constitucional democrático”.⁽³¹⁾

Para o referido autor brasileiro, esse contínuo esforço de compatibilização dos fins do direito processual penal “poderia ser

simbolizado como um pêndulo que se move entre duas posições fundamentais: o interesse de investigação (eficientismo) e o de proteção da personalidade do acusado (garantismo)".(32)

Enfim, pode-se dizer que a Constituição se preocupa com a realização e a funcionalidade da justiça penal, em face do dever estatal de dar proteção eficaz da comunidade; mas também garante proteção aos direitos processuais da pessoa, em face do dever estatal de velar pela dignidade humana. Os meios e os limites para a realização da justiça penal de algum modo se reconduzem à Constituição, e uma hermenêutica jurídica adequada há de equilibrar dinamicamente a relação abstrata entre os deveres estatais de proteção da sociedade e da pessoa.

III - Processo penal e aplicação

1 Os diferentes modos de aplicação das normas jusfundamentais

A tensão existente entre a indisponibilidade da relação jurídica de direito penal e a necessidade de observância do devido processo legal demanda a consideração do processo penal como ponto de equilíbrio entre esses dois vetores constitucionais. E se o processo penal é direito constitucional aplicado, a interpretação adequada de suas normas há que considerar sua inserção na teoria dos direitos fundamentais e da argumentação jusfundamental.

Para tanto, é imprescindível o prévio exame da distinção entre princípios e regras e dos modelos normativos de aplicação do direito.

1.1 A distinção entre regras e princípios

A distinção entre princípios e regras "constitui a base da fundamentação jusfundamental e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais".(33)

Diversas são as posições doutrinárias sobre a diferenciação das espécies normativas, mas elas podem ser reunidas em três correntes básicas: as que negam a possibilidade ou a utilidade de qualquer distinção; as que defendem que a distinção é apenas quantitativa ou de grau (tese da separação fraca); as que entendem possível uma distinção qualitativa (tese da separação forte).(34)

Adotar-se-á, neste trabalho, a lição de Robert Alexy, que tomou por partida a tese da separação forte de Dworkin e lhe deu desenvolvimentos novos. Para o jurista alemão, a distinção entre

princípios e regras reside na forma de colidir e em seu caráter *prima facie*.(35)

De acordo com a tese forte, a aplicação dos princípios seria compatível com vários graus de concretização, de acordo com as condições existentes. A das regras não admitiria meio termo: uma vez preenchidos os pressupostos de incidência, sua aplicação seria inevitável e insuscetível de graduações, embora um ordenamento jurídico brando possa permitir a introdução de uma cláusula de exceção.(36)

Nessa trilha, os princípios são mandamentos de otimização, pois pedem que algo seja feito dentro das possibilidades fáticas e jurídicas em uma medida tão ampla quanto possível.(37) A aplicação de um princípio numa dada hipótese, com restrição à utilização de outro, não implica o reconhecimento de invalidade do princípio restringido. A relação que se estabelece é o de uma precedência condicionada pelo peso que cada um deles tem no caso concreto.

Já as regras são mandamentos definitivos, pois exigem que algo seja feito dentro das condições fáticas e jurídicas dadas. Sua aplicação é feita a partir da aferição da validade ou da eventual especialidade de uma delas. Como sua validade abstrata e sua incidência concreta não admitem graduação, as regras possuem um caráter *prima facie* mais forte que o dos princípios, de modo que formam a parte dura do ordenamento jurídico.(38)

1.2 Os modelos normativos

Os critérios de solução para a colisão de normas constitucionais dependem da espécie normativa na qual elas estejam inseridas. Se se parte da concepção de que as normas constitucionais relativas ao processo são regras, então os critérios de solução que se oferecem são os existentes para resolver conflitos de regras. Se se concebe que elas são princípios, então o critério de solução disponível é aquele utilizado para a colisão de princípios.(39)

Em um modelo de regras, todas as normas jurídicas constituem mandamentos definitivos, de modo que elas se aplicam na base do "tudo ou nada". Sempre que o tipo normativo for preenchido, a consequência jurídica prescrita deve ocorrer. Esse modelo é insatisfatório para conciliar a força normativa das normas constitucionais. Como elas estão na mesma sede jurídica e sua vigência geralmente remonta à data da promulgação da própria Constituição, não se pode cogitar do critério hierárquico ou cronológico. Também o emprego de uma cláusula de exceção, nos

moldes de um ordenamento brando, não seria capaz de manter a preservação de todos os direitos considerados.

De acordo com o modelo dos princípios, as normas constitucionais são mandamentos de otimização (não-definitivos). As colisões resolvem-se na dimensão do peso, considerada a situação concreta, não na da validade. O meio adequado para tais soluções é a ponderação, cuja tarefa é justamente a de permitir uma concordância prática dos princípios. A ponderação coordena proporcionalmente direitos fundamentais e bens jurídicos que limitam direitos fundamentais. Com ela, possibilita-se levar os direitos fundamentais e os bens coletivos que os restringem a uma eficácia ótima, que não interfere naqueles mais do que o necessário para a consecução destes.(40)

O modelo dos princípios possibilita oferecer uma flexibilidade à Constituição e, com isso, uma resposta satisfatória ao problema da vinculatividade.(41) Com ele evitam-se os riscos sociais decorrentes de uma hipertrofia dos direitos de defesa e, ao mesmo tempo, de um enfraquecimento normativo que poderia advir da crise de confiança e de identidade dos direitos fundamentais.(42) A teoria dos princípios é indispensável (e não apenas conveniente) para possibilitar a coexistência de direitos individuais e bens coletivos.

A adoção do modelo de princípios para resolver colisões entre direitos individuais (dentre os quais estão os direitos inerentes ao devido processo legal) e bens coletivos (nos quais se enquadra o dever estatal de administração de uma justiça penal funcionalmente eficaz) não está a salvo de objeções. Habermas obtempera que a possibilidade de se sacrificar direitos individuais, de caso em caso, em face de objetivos coletivos, faz com que os primeiros percam seu caráter de trunfos dworkinianos e, com isso, sua força de justificação maior.(43) Alexy admite que a teoria dos princípios como teoria formal não basta: ela precisa ser acrescida de uma teoria substancial dos direitos fundamentais, pela qual é necessário o reconhecimento de uma primazia *prima facie* dos direitos individuais em face de bens coletivos.(44)

2 O processo penal no modelo dos princípios

2.1 A aplicação das garantias processuais na realidade brasileira

A utilização do modelo dos princípios para a aplicação das garantias processuais ainda não tem uma ancoragem segura no direito brasileiro.

A recusa na adoção de um modelo de princípios pode ser inferida pelo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 80949/RJ quanto à questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Nesse acórdão, atribuiu-se à norma referida no art. 5º, LVI, da Constituição, uma aplicabilidade infalível, não podendo ter sua aplicação afastada em nome da busca da verdade, quaisquer que sejam as circunstâncias do caso.

Extrai-se do voto condutor:

"Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo, (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor-se à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação."

Ocorre que, tomando a norma do art. 5º, LVI, como mandamento definitivo e de aplicação infalível, nem mesmo a favor do réu poderia ser admitida a valoração de uma prova obtida ilicitamente. A solução adotada no acórdão insere as garantias processuais constitucionais em um ordenamento demasiadamente duro,⁽⁴⁵⁾ sem a possibilidade de introdução de qualquer cláusula de exceção.

Os fatos históricos anteriores ao advento da Constituição de 1988 contribuíram fortemente para que se atribuisse tamanha rigidez à vedação da prova ilícita. A nova Carta coincidiu com a redemocratização do país e com uma conscientização geral da necessidade de dar concretização às limitações do Estado. Todavia, como adverte Barbosa Moreira, "a melhor forma de coibir um excesso, e de impedir que se repita, não consiste em santificar o excesso oposto". Só um modelo de princípios pode permitir a consolidação de uma ordem jurídica preocupada tanto com as garantias processuais quanto com a realização de uma justiça penal funcionalmente eficaz.

Na Alemanha, a partir do chamado "Caso do diário", na década de 60, a jurisprudência passou a admitir, com base na lei da ponderação, um regime diferenciado para a criminalidade grave em matéria de proibições de prova. Mas a verificação da viabilidade da aceitação de uma prova obtida de forma ilícita, no direito alemão, não se dá em um plano meramente abstrato. Exige-se um exame da proporcionalidade da medida restritiva também no plano concreto, de modo que, para a sua efetivação, é indispensável verificar se ela é adequada à busca da verdade, se é necessária para formação do

convencimento do juiz e se é também justificável considerando o grau de ofensa aos direitos de personalidade que a aceitação da prova acarreta.(46)

O modelo de princípios que se defende para o processo penal é um modelo no qual há de se atribuir precedência *prima facie* aos direitos individuais em face de bens coletivos. Portanto, um tal modelo repele que os princípios inerentes ao devido processo legal sejam enfraquecidos em sua missão de limitar a intromissão do estado na esfera individual. O princípio da proporcionalidade é o instrumento de que se devem servir o legislador e o operador jurídico para que os direitos fundamentais não percam sua normatividade.

2.2 Ponderação de princípios processuais penais

A inserção das normas constitucionais relativas à indisponibilidade da relação jurídica de direito penal e do devido processo legal em um modelo de princípios exige a consideração de que elas não possuem caráter absoluto. Como mandamentos de otimização, e não mandamentos definitivos, os princípios processuais permitem concretizações em graus variados, consideradas as condições existentes.

Para a ponderação dos princípios processuais, o princípio da proporcionalidade desempenha papel relevante, pois ele possibilita a concordância prática dos bens jurídicos em jogo, exigindo que eles sejam coordenados de tal modo que nenhum deles seja desconsiderado.(47)

Assim, toda medida restritiva a direitos fundamentais inerentes à cláusula do devido processo legal há de passar pelo crivo da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A relativização de qualquer direito processual do imputado sem tal exame proporciona o risco, nada desprezível, de utilização da proporcionalidade como mero slogan ou topos argumentativo em favor de políticas criminais incompatíveis com um modelo processual fundado na dignidade humana.(48)

Pelo subprincípio da adequação ou da idoneidade, é preciso que a medida restritiva alcance o fim por ela visado. A verificação da conformidade entre meios e fins dá-se pela resposta à pergunta: "o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?"(49) Dessa forma, não é adequada, por exemplo, a manutenção da prisão preventiva (restrição ao princípio do estado de inocência), com fundamento na conveniência da instrução criminal, se a fase probatória já se exauriu.

Pelo subprincípio da necessidade ou da intervenção mínima, é preciso que a medida restritiva cause a menor restrição possível no princípio relativizado. Sua verificação ocorre pela resposta à pergunta: “há um meio menos gravoso de se obter o fim pretendido?”(50) A título de exemplo, não se defere busca domiciliar (restrição à inviolabilidade do domicílio), em nome da busca da verdade real, se o mesmo elemento probatório pode ser obtido por simples requisição a órgãos públicos.

Pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se que quanto mais interventiva a medida restritiva maiores devem ser as razões para a sua adoção. Para tal avaliação, responde-se a esta indagação: “o meio restritivo, adequado e necessário, é também justificável, comparado com a dimensão do princípio que se pretende relativizar?”. Assim, por exemplo, não se pode permitir uma interceptação de comunicações telefônicas, que manifesta uma restrição grave ao direito à privacidade, se o delito apurado é considerado de menor potencial ofensivo.

A viabilidade de restrição às garantias fundamentais em face do interesse público em possibilitar uma tutela penal efetiva depende uma fundamentação racional e sindicável. Por isso, esses três subprincípios, que compõem o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, são exigíveis nos três momentos da função penal – na previsão legal da medida restritiva, na sua adoção pelo juiz do processo e mesmo na fase executória.(51)

Conclusão

Uma compreensão adequada do processo penal exige do intérprete uma postura equilibrada, que não olvide a dupla finalidade para a qual a formalização persecutória existe. Em um Estado Democrático de Direito, que se funda no dever de propiciar as condições necessárias ao livre desenvolvimento da pessoa, os institutos processuais devem ser instrumentos de proteção social e, simultaneamente, garantias de proteção individual.

Se estiver correta a tese defendida neste trabalho, apenas a alocação do processo penal em um modelo de princípios pode proporcionar ao legislador e ao operador jurídico o arcabouço metodológico que permita a conciliação, à luz da dignidade humana, dos vetores processuais eficiência e garantismo.

O modelo principiológico aqui sugerido há de exigir, a fim de evitar o risco de uma relativização excessiva dos direitos fundamentais individuais, que as garantias processuais inerentes ao devido

processo legal sejam dotadas de uma precedência *prima facie* em relação à funcionalidade dos mecanismos processuais, e que qualquer medida restritiva às referidas garantias só possa ser viabilizada se passar pelo crivo da proporcionalidade.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra, 1992.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad, apud BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz. Derecho penal y control social. Bogotá: Temis, 1999.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Ação Penal Condenatória. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.5, n.19, p. 179-204, jul./set. 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito processual penal. 1º volume. Coimbra: Coimbra Almedina, 1974.

_____. Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. In: CORREIA, Eduardo et al. Para uma Nova Justiça Penal. Coimbra: Almedina, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona: Bosch, 1934.

FRIGO, Giuseppe. Compatibilità del maxiprocesso con le direttive per il nuovo codice di procedura penale. *L'Indice Penale*. Padova, v.21, n.2, p. 425-445, mag./ago. 1987.

GADAMER, Hans Georg. Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RT. n. 27, jul./set. 1999.

_____. Liberdades públicas e processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HECK, Luís Afonso. As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão [Texto distribuído no Curso de Currículo Permanente EMAGIS – Módulo IV]. Porto Alegre, 2005.

_____. Princípios e garantias constitucionais do processo. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n.7, jan./mar. 1998, p. 46/52.

_____. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 781, nov. 2000, p. 71/78.

_____. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. Los Derechos fundamentales. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à livre apreciação da prova no chamado processo penal acusatório. *Revista dos Tribunais*. n. 710, p. 245-52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. *Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 2000.

- MELLO FILHO, José Celso de. A tutela judicial da liberdade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 526, p.291-302, ago. 1979.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134, jan./mar. 1997.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. O Supremo e as garantias processuais. Verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (Org.) Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores) et al. Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. LEITE, George Salomão (org.). Dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PENALVA, Ernesto Pedraz. Derecho procesal penal: principios de derecho procesal penal. Madri: Colex, 2000.
- RUIZ, José Augusto de Veja. Processo penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial. Madri: Colex, 1994.
- SBARDELOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito: Perspectivas (Re) Legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VADILLO, Enrique Ruiz. El derecho penal sustantivo y el proceso penal: garantías constitucionales básicas em la realización de la justicia. Madri: Colex, 1997.

Notas:

1. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual Penal. v. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. p. 58.
2. BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad, apud BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 119.
3. Idem, p. 119.
4. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português, apud Para uma nova justiça penal. Vários autores. Coimbra: Almedina, 1996. p. 206.
5. Idem, 209.
6. DIAS, Figueiredo, Direito Processual..., p. 69. Grifos meus.
7. Idem, p. 69.
8. Idem, pp. 69-70.
9. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (org.). Dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 210.
10. GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos, apud SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., p. 211.
11. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (org.). Dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 194.
12. Idem, p. 194.
13. Leciona Afrânio Silva Jardim: "A atividade punitiva estatal não deixa de ter uma função libertadora, pois a conduta criminosa também atinge a liberdade da vítima", de modo que "a supressão da liberdade de um pode ser a afirmação da liberdade de muitos". (Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 71)
14. HASSEMER, W.; ROXIN, C. apud DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 5, n.19, p. 179-204, jul./set. 1997. p. 179.

15. HASSEMER, W. apud DIAS NETO, Theodomiro. ob. cit., p. 181.

16. FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona: Libreria Bosch, 1934. p. 14.

17. MEDEIROS, Flávio Meirelles. Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à livre apreciação da prova no chamado processo penal acusatório. Revista dos Tribunais n. 710, p. 245-52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 247.

18. Idem, p. 247.

19. HASSEMER, apud DIAS NETO, Theodomiro. ob. cit., p. 180.

20. Idem, ibid, p. 180.

21. MEDEIROS, Flavio. ob. cit., p. 248.

22. A indisponibilidade da relação jurídica de direito material não impede a adoção de medidas descriminalizadoras, despenalizadoras e descarcerizadoras, pois o que ela veda é a atribuição de um juízo de conveniência e oportunidade aos agentes da persecução. Também a adoção de modelos consensuais, além de se circunscreverem às infrações de menor potencial ofensivo, como ordena a Constituição (art. 98, I), não podem facultar aos agentes ministeriais a recusa em agir. Eles apenas podem fornecer outros meios, cujo exercício há de ser necessariamente controlável, para a consecução ótima (não excessiva, nem deficiente) da proteção social.

23. JARDIM. Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 76.

24. Apud HECK, Luís Afonso. As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão [Texto distribuído no Curso de Currículo Permanente EMAGIS – Módulo IV]. Porto Alegre, 2005. p. 55-6.

25. Não é equivocado extrair princípios gerais do processo tomando por base o estatuto processual dos crimes de ação penal pública, seja pelo reduzida quantidade de delitos de ação privada no direito brasileiro, seja pela crescente tendência de seu esvaziamento na jurisprudência. Observe-se, a propósito, a permanência do entendimento adotado na Súmula 608 do STF mesmo após a opção legislativa de exigir representação nos crimes de lesões corporais. Na doutrina, a manutenção da ação penal privada também sofre sérias

- objeções. Sobre o tema, conferir: JARDIM, Afrânio Silva, obra citada, p. 45 e seguintes.
26. OLIVEIRA. Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 24.
27. MEDEIROS, Flávio M. ob. cit., p. 248.
28. Apud DIAS NETO, T. ob. cit, p. 182.
29. MEDEIROS, Flávio M. ob. cit., p. 248.
30. MÜLLER-DIETZ, apud DIAS NETO, ob. cit., p 181.
31. DIAS NETO, ob. cit., p. 181.
32. DIAS NETO, T. ob. cit., p. 182.
33. ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 81.
34. HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (org.). Dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 55-7.
35. Idem, p. 65.
36. ALEXY, Robert. Teoria..., p. 99-100.
37. Idem, p. 64.
38. HECK, Luis A. Regras..., p. 65.
39. HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. Revista dos Tribunais, a. 89, v. 781, nov. 2000. São Paulo: RT, p. 76.
40. Idem, p. 77.
41. Idem, p. 77.
42. SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. RBCCrim. v. 47. São Paulo: RT, 2004. p. 76.
43. HECK, Regras..., p. 97.
44. Idem, p. 100.

45. Um ordenamento jurídico é tanto mais duro quanto mais forte seja o carácter *prima facie* das regras e quanto mais normado esteja por regras. Cf. ALEXY, R. Teoria..., p. 100, nota 58.
46. ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra, 1992.
47. HECK, Luís A. As garantias..., p. 58.
48. DIAS NETO, T. ob. cit., p. 183.
49. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 54.
50. Idem, p. 56.
51. AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Madrid: Edersa, 1999. p. 97.